

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿

新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第39集

- ◆ 网络诽谤的刑法规制
——郭某某被控诽谤案法律问题研究
- ◆ 影视剧制片人与导演之间法律关系性质的认定
——某影片制作公司诉王某雇佣合同纠纷案法律问题研究
- ◆ 连环相撞事故中几家保险公司同时成为被告时的责任分担
——张某诉贾某、安诚财产保险股份有限公司北京分公司等道路交通事故人身损害赔偿一案相关法律问题探讨
- ◆ 酒店视频点播系统播放未经授权的影视作品是否属于侵犯信息网络传播权
——网尚文化传播有限公司诉北京宝辰饭店侵犯著作财产权案相关法律问题分析
- ◆ 保险理赔方式的选择应遵循有利于被保险人原则
- ◆ 买卖合同解除后贷款返还请求权转让应属债权转让



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2011年第3集·总第39集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第39集/北京
高级人民法院编.—北京:法律出版社,2011.9
ISBN 978-7-5118-2225-3

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—案例—研究—中
国—丛刊 IV. ①D925.05-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第193698号

审判前沿

——新类型案件审判实务.总第39集
北京市高级人民法院 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚 但吉
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 陶松

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 15.75
字数 282千
版本 2012年2月第1版
印次 2012年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2225-3

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：池 强

副主任：周继军 翟晶敏 孙 力 于建伟 吉罗洪

索宏钢 高晓陵 吴在存

委员：（按姓氏笔画排列）

王 飞 刘双玉 朱 军 朱春涛 何通胜

张柳青 张美欣 张晓琨 陈海鸥 陈锦川

邵明艳 辛振兴 范跃如 程 琥 雷运龙

编辑部

主编：吴在存

副主编：刘双玉 范跃如

编辑：张农荣 唐 明 张新平 乔新生 万 钧

刘晓虹 欧彦峰 刘书星

目 录

案例研究

◆网络诽谤的刑法规制

——郭某某被控诽谤案法律问题研究 于同志(1)

◆“成熟原则”的审查与适用

——白某诉某市国土资源局土地行政受理案法律问题
研究 滕恩荣(10)

◆非法经营讨债业务的司法认定

——张某某等人非法经营案法律问题研究 臧德胜(19)

◆房屋出租中介后因居住人过失侵害他人责任的认定

——贾某诉赵某等损害赔偿纠纷案法律问题研究 丁洪震(24)

◆影视剧制片人与导演之间的法律关系

——某影片制作公司诉王某雇佣合同纠纷案法律问题研究
..... 张 鹏(31)

◆劳动关系主体资格的判断及劳务报酬认定中证据规则的适用

——李某诉某商贸有限公司、某食品有限公司劳动争议
纠纷案法律问题研究 邱 琳 田 古(39)

◆调解诈欺与监护人处理被监护人财产效力的认定

——案外人孙某对调解结案的分家析产纠纷申请再审案
法律问题研究 谭 萍 冯 皓(43)

◆员工系单位所交付办公用品的合法占有人

——韩某诉中国民生银行股份有限公司等返还原物及占
有物返还案法律问题研究 刘建刚(48)

◆农村土地承包经营权继承关系的认定

——蒋甲等诉蒋乙承包经营权继承纠纷案法律问题研究 李卫华(53)

疑案探讨

- ◆ 迁坟补偿费属于被继承人的遗产还是继承人的精神损害赔偿
——原告 C、D 诉被告 A、B 坟地拆迁纠纷案法律问题探讨 李新亮 (57)
- ◆ 连环相撞事故中几家保险公司同时成为被告时的责任分担
——张某诉贾某、安诚财产保险股份有限公司北京分公司等道路交通事故人身损害赔偿案法律问题探讨
..... 耿建明 朱雄明 (61)
- ◆ 加工制作棺材一方当事人应当对其是否履行合同义务承担举证责任
——吴某与腾飞公司承揽合同纠纷案法律问题探讨
..... 段春梅 (65)

案例分析

- ◆ 房屋买卖合同卖方不得任意行使解除权
——詹某、吴某诉程某房屋买卖合同纠纷案相关法律问题
分析 刘 文 (69)
- ◆ 建筑物坠落造成他人损害的归责原则
——某汽车租赁公司诉田某财产损害赔偿纠纷案相关法律
律问题分析 陈汉东 李 想 (73)
- ◆ 严重违反劳动纪律的劳动者以其怀孕为由主张撤销用人单位辞退决定的不予支持
——李某诉北京顺天府商贸有限公司劳动争议纠纷案相
关法律问题分析 赵艳群 (77)
- ◆ 酒店视频点播系统播放未经授权的影视作品是否属于侵
犯信息网络传播权
——网尚文化传播有限公司诉北京宝辰饭店侵犯著作财
产权案相关法律问题分析 闻汉东 (81)
- ◆ 公证遗嘱的效力可通过民事法律行为予以变更或撤销
——高某诉陈某房屋买卖合同案相关法律问题分析 张英周 (86)
- ◆ 职工股权转让中的有关法律问题
——王某诉北京市良乡燕翔橡胶厂股权确认案相关法律
问题分析 陈永富 付 雪 (90)

- ◆如何认定反诉吞并或者抵消本诉
 - 北京天正中广置业有限公司诉魏某某商品房预售合
同纠纷案相关法律问题分析 吴克孟(93)
- ◆交通事故案中实际车主的权益保护
 - 刘某诉王某、北京某商贸公司、某保险公司道路交
通事故案相关法律问题分析 崔 光(97)
- ◆劳动者最低工资标准一般应按合同履行地执行
 - 历某诉北京城市学院劳动争议案相关法律问题分析
..... 杨海超(101)
- ◆未依法获批情形下将既是食品又是中药材的物质用于普
通食品行为的认定
 - 王某诉北京某药店食品安全纠纷案相关法律问题
分析 束建华(105)
- ◆房地产新政影响合同履行是否适用情势变更原则
 - 刘某诉某房地产公司房屋买卖合同纠纷案相关法律
问题分析 杜 鹏(108)
- ◆住院期间患者自杀医院应否承担赔偿责任
 - 杨某某诉某胸科医院侵权纠纷案相关法律问题分析
..... 刘丹丹(111)
- ◆简述票据利益返还请求权
 - 北京某化工有限公司诉北京某商行及李某票据纠纷
案相关法律问题分析 熊 伟 许多清(114)
- ◆农村土地租赁合同中违约的认定
 - 某村委会诉某农业开发公司土地租赁合同纠纷案相
关法律问题分析 王君凤(118)
- ◆劳动关系与雇佣关系的区分
 - 乙公司不服某区劳动争议仲裁委员会劳动争议仲裁
案相关法律问题分析 张文林 张连峰(121)

优秀调解案例精选

- ◆辨析析理促和解,当事人双方齐赞许
 - 华夏汽车俱乐部有限公司诉赵某某特许经营合同纠
纷调解案 北京市第二中级人民法院(125)

◆名人官司备受社会关注,法官费心调解平息矛盾

——侯某、侯某某诉侯甲、牛某某、郭某某、刘某返还原物

纠纷调解案 北京市西城区人民法院(134)

◆运用多种方法调解,维护弱势群体权益

——高某某诉北京市海淀区上庄中心小学劳动争议纠纷

调解案 北京市海淀区人民法院(142)

◆法官释明诉讼风险,责任方自愿承担责任

——陈某诉周某某、北京送变电公司、四川省输变电工程

公司雇员受害赔偿纠纷调解案 北京市房山区人民法院(150)

◆解决被执行人的实际困难,确保申请执行人的合法权益

——陈某某诉陈某甲、张某某腾退房屋申请执行和解案

..... 北京市延庆县人民法院(154)

观点争鸣

◆授权买卖房屋委托书不真实,由此做出的房屋登记应予撤销

..... 房海强(159)

◆保险理赔方式的选择应遵循有利于被保险人原则 翟新忠(163)

◆如何认定在公共场所当众强奸 苏丽娟(166)

参阅案例

◆买卖武装部队专用标志罪犯罪数量的认定 (169)

◆买卖合同解除后的货款返还请求权转让应属债权转让 (172)

◆民办高校发布招生简章等宣传材料应纳入《广告法》调整范畴 (174)

◆对被执行人的未到期债权法院可以冻结 (179)

热点问题聚焦

◆关于进一步规范终结本次执行程序的调研报告

..... 北京市高级人民法院执行局(182)

◆关于构建一体化审判管理体系的调研报告

..... 北京市朝阳区人民法院(194)

法律文书之窗

- ◆北京市高级人民法院刑事裁定书
(张金昌、王艳辉、王晓钟扰乱法庭秩序上诉案)
——〔2010〕高刑终字第 637 号 (207)
- ◆北京市朝阳区人民法院民事判决书
(李祝义、郑兰红与北京泛海信华置业有限公司商品房买卖合同
纠纷案)
——〔2010〕朝民初字第 10293 号 (216)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于适用司法拘留措施的若干规定 (223)
- ◆北京市高级人民法院关于审理商业特许经营合同纠纷案
件适用法律若干问题的指导意见 (228)
- ◆北京市高级人民法院关于新闻发布工作的规定 (232)
- ◆北京市法院网络宣传管理规定 (234)

【案例研究】

网络诽谤的刑法规制

——郭某某被控诽谤案法律问题研究

于同志*

一、据以研究的案例

自诉人暨附带民事诉讼原告人杨某某诉称:2006年二三月间,被告人郭某某连续在互联网上发表文章《我叫郭某某》,以纪实回忆的手段,把其描述成恶毒、贪婪、低俗的形象,并虚构其曾有违法犯罪的情节,对其进行人身侮辱,在社会上造成极其恶劣的影响。请求法院追究郭某某犯诽谤罪的刑事责任;同时,判令郭某某停止侵害、消除影响、赔礼道歉。

被告人暨附带民事诉讼被告人郭某某辩称:其在博客文章中写道“在文化馆里我有一些不愉快的事情”,并声明不能转载,网络、媒体对文章大肆刊登、转载与其无关,其没有主动和故意诽谤杨某某,且文章中未指名道姓,因此不构成诽谤。

一审法院经不公开审理查明:自诉人杨某某于1991年担任天津某区文化馆馆长,被告人郭某某曾与自诉人杨某某一同在该区文化馆工作。杨某某退休后于2006年3月2日至6日出版的《燕赵晚报》、《华夏时报》、《燕赵都市报》中,在接受上述媒体采访时,披露了曾在该文化馆工作过的郭某某部分个人隐私,其中包括郭某某在文化馆工作期间模仿领导签字报销个人费用近一万元,后经其帮助找票抵账,最后降到4000元以下才被免于刑事责任,以及郭某某偷拿单位的“行头”和两度娶妻并育有一子等情况。上述隐私被报刊披露后,郭某某于2006年3月7日,在网络博客上发表了一篇名为《我叫郭某某》的文章,提及其“进文化馆后认了一位老师,因当事人还健在,为尊者讳,姑隐其名,就称为馆长吧”,在该文章中,其

* 北京市高级人民法院刑一庭法官,法学博士。

披露了该馆长“曾用公款装修自己房子,与女同事同居”等个人隐私,至此自诉人杨某某以被告人郭某某犯诽谤罪为由,提起刑事附带民事诉讼。

一审法院经审理认为,自诉人杨某某指控被告人郭某某犯诽谤罪,经查,被告人郭某某在网络上发表文章,在文章中虚构了时任某区文化馆馆长的杨某某用公款报销装修自己的房屋以及与女同事同居的事实,但现有证据不足以证明郭某某的上述行为达到了情节严重。故被告人郭某某的行为不构成诽谤罪。宣判后,杨某某不服,提出上诉,称郭某某的诽谤文章通过网络在社会上广泛流传,对其名誉、身心造成了严重影响,已经达到情节严重,构成诽谤罪,请求二审法院依法判决撤销原判,发回重审或依法改判。

二审法院审理后,判决驳回杨某某的上诉,维持原判。

二、相关法律问题研究

网络诽谤发生在具有无国界性和非中心性的虚拟的网络空间,其行为由于介入了互联网因素在实施方式上也有所异化,所以用根植于现实世界的刑法规制网络诽谤行为可能会产生一些困惑,比如本案审理中所暴露出来的有关捏造事实的认定、主观要件的确定、举证责任的承担、情节严重的判断以及刑法介入的方式与程度等一系列问题。对此均需要结合个案,通过相对深入的分析和研讨,形成法律适用上的共识,以指导审判实践。

(一)“诽谤”的客观要素

从《刑法》第264条的规定看,诽谤罪在客观方面表现为捏造并散布某种虚构的事实,足以损害他人人格,破坏他人名誉,情节严重的行为。这表明诽谤罪在客观方面具备以下三个要素:

1. 捏造事实的行为。所谓捏造事实,是指虚构不符合真相或者并不存在的事实。也就是说,诽谤他人的内容是虚构的。如果散布的不是凭空捏造的而是客观存在的事实,即使有损他人的人格、名誉,也不能构成诽谤罪。这里的问题是,诽谤他人是否需要全部虚构事实,部分歪曲事实算不算“捏造事实”。权威论著认为,诽谤他人的内容是完全捏造和虚构的。^①换言之,部分歪曲事实不能成立诽谤罪。笔者不认同此观点。因为,部分歪曲事实与全部虚构事实,只是虚构某一事实的程度的差异,从其危害后果看,很难得出部分歪曲事实的社会危害性就一定小于全部虚构事实,进而得出全部虚构事实是诽谤而部分歪曲事实不是诽谤的结论。事实上,部分歪曲事实也完全能够达到“足以损害他人人格,破

^① 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年版,第458页。

坏他人名誉,情节严重”的程度,这主要取决于行为人所虚构事实的性质、散布的途径与手式及其对他人人格、名誉的实际影响力,而非捏造事实的虚假程度。当然,不管是全部虚构事实,还是部分歪曲事实,构成诽谤罪的前提,必须是就事实问题进行不符合客观真实的捏造,而单纯针对事实发表意见或者关于价值判断的陈述则不能构成诽谤罪。

2. 散布捏造事实的行为。所谓散布,就是向社会扩散。散布的方式是多种多样的:既可以是口头的,也可以是书面的;既可以是公开的,也可以是通过小道消息秘密地散布;既可以是利用大字报、小字报以及出版物、广播电台、电视台等传统媒介,也可以是利用互联网等新型媒介散布;既可以向不特定的对象散布,也可以向特定的多数人散布。总之,使不特定人或者多数人知悉或可能知悉行为人所捏造的虚构事实即可。但是,这里是否能够理解为虚构事实的捏造者与散布者必须为同一主体才构成该罪呢?笔者认为,不应当简单地、机械地理解刑法条文。一般说来,虚构事实的捏造者实施捏造行为的同时往往伴随着散布行为,但散布者不一定就是捏造者。无论是捏造并散布虚构事实,还是意图损害他人人格、名誉,捏造虚构事实后由他人散布,或者是明知系他人捏造的虚构事实而散布,都会对他人人格、名誉造成损害,情节严重的,均符合诽谤罪的构成。司法实践中,不能孤立地认定捏造者或者散布者的行为,进而简单地以捏造而未散布或者散布而未捏造为由,否定诽谤的成立。特别是在利用报纸、广播电台、电视台、互联网等媒介散布虚构事实损害他人人格、名誉的情况下,不能因为媒体把关不严散布了捏造的虚构事实,就据此减轻或者免除虚构事实捏造者的责任,否则,就不能充分地保护公民的人格权、名誉权。就本案而言,被告人郭某某在文章中捏造了有损自诉人杨某某名誉的一些虚构事实,并发布在互联网上,同时具备了诽谤所要求的捏造事实和散布捏造事实的实行行为,所以,不能因为网络在客观上扮演了一个散布者的角色,而阻却被告人的行为成立诽谤。

3. 行为指向特定人的人格、名誉。换言之,捏造的内容必须是涉及特定人的人格、名誉的事实,无关他人人格、名誉的事实,即便捏造并散布了也不构成诽谤罪(当然,可能构成其他犯罪)。在法律上,人格、名誉的内涵较为丰富,哪些内容应当纳入刑法的保护范围,值得关注。西方和日本刑法学通行的观点认为,名誉的意义一般包括内部的名誉(人格的客观真实价值)、外部的名誉(社会对于人格的价值评价)和名誉感(人格价值的自我评价)。^①人格本身存在的真实价值是客观的,不能从外部加以损害,不会因诽谤行为而贬损。名誉,就概念而言,

^① 甘雨沛、何鹏编:《外国刑法学》(下册),北京大学出版社1985年版,第919页。

终究是因主观评价而形成的,脱离不了主观评价。如果从名誉是一种主观评价的观点出发,真实的内部名誉实际上并不存在,也就不能成为刑法所保护的范畴。社会对于人的价值评价,即通常所说的声望,有时与其真实的人格价值并不一致,而是表现为一种“虚名”。但即便对可能是虚名的名誉的损害,仍会扰乱被害人的生活,给其带来精神上的痛苦。既然这样的名誉是由社会评价形成的,也就不容他人以虚构事实的方式恶意贬损,何况,在司法实践中,往往无法证明其名誉是否为“虚名”。所以,外部的名誉应是《刑法》诽谤罪所保护的客体,对诸如损害他人道德、伦理方面社会评价,政治名誉,经济名誉,文化艺术方面的创作能力及作品行,职业、出身、身份等方面社会评价的行为均可能构成诽谤。^①关于名誉感是否应当成为刑法所保护的客体,理论界存在争议,有观点认为自我评价受到诽谤行为的侵害同样会造成个体的痛苦,因而这种名誉感应当受到刑法的保护,^②但笔者认为,名誉感是一个人对自身价值的自我评价,属主观认识范畴,往往与其真实价值和社会评价不尽一致,侵害名誉感的行为并非当然侵害受害人社会评价的名誉,故不宜纳入刑法的保护。

侵害人格、名誉的诽谤必须针对特定的人进行。但是,是否需要指名道姓呢?反对本案以诽谤定性的观点认为,本案中被告人郭某某在捏造事实时并未明确地提及自诉人杨某某的姓名,不符合诽谤罪的构成要件。笔者不认同此观点。诽谤行为的侵害对象的确具有特定性,如果行为人散布的虚构事实没有特定的对象,就不会损害到他人的人格、名誉,也就不能以诽谤罪论处。但是,侵害对象的特定性并不要求行为人必须指名道姓,只要从诽谤的内容中能明确地推知被害人是谁,仍可以构成诽谤。就本案而言,在案书证及多名证人的证言证实了以下事实:(1)被告人郭某某与自诉人杨某某在某区文化馆工作期间曾为师徒;(2)自诉人杨某某后来当上文化馆馆长;(3)自诉人杨某某在报刊上披露的被告人部分个人隐私,郭某某在其博客文章中亦曾提及;(4)郭某某的博客文章发表后,两人曾供职文化馆的职工及其他相关人员均知道文中所称“老师”、“馆长”是指自诉人杨某某,也由此引发杨某某对被告人郭某某的诉讼。所以,一审、二审法院根据上述事实,判决认定被告人郭某某捏造事实的行为构成了对自诉人杨某某的诽谤。

(二)“诽谤”的主观要件

本案审理中,被告人辩称其在发表博客文章时已经声明不能转载,网络、媒体对文章大肆刊登、转载应与其无关,其没有主动和故意诽谤杨某某。反对本案

① 赵秉志、李志增:“诽谤罪若干疑难问题研讨”,载《法学评论》1992年第3期。

② 钱舫、秦思剑:“诽谤罪与名誉权的刑法保护”,载《中外法学》1996年第2期。

以诽谤定性的观点也认为,被告人虽放任了可能的危害后果,但没有诽谤的直接故意,换言之,间接故意诽谤不能构成诽谤罪。那么,间接故意能否构成诽谤罪呢?刑法理论通说认为,诽谤罪的主观方面只能由直接故意构成,间接故意和过失不构成本罪。^① 笔者不完全认同此观点,因为间接故意心态下的散布虚构事实行为,也可能构成诽谤。

要弄清诽谤罪能否由间接故意构成,必须首先研究诽谤罪主观故意的特点,事实上,诽谤罪的故意内容有着与其他犯罪故意不同的特点。一般认为,犯罪故意由认识因素和意志因素两方面的内容所决定。所谓认识因素,是指行为人对其行为性质和行为结果的认识;所谓意志因素,是指行为人对其行为的实施及结果的发生所持的心理态度。诽谤故意的认识因素具有两重性:一方面是对行为结果的认识,即明知自己散布某种“事实”可能或必然导致他人名誉的损害;另一方面是对所散布的“事实”的认识,即明知自己所散布的“事实”是或可能是虚构事实。诽谤故意的意志因素也具有两重性:一方面是对危害结果的态度,另一方面是对自己是否应当检查核实事实的态度。对于那些明显具有报复、陷害动机以及损害他人名誉的犯罪目的的诽谤,这些问题都不难认定。关键是对于那些没有明显犯罪动机与目的,甚至被告人与被害人素不相识的情况下(尤其在网络空间中),被告人散布了虚构事实,但“事实”又不是自己捏造,而是来源于别人的转述或有关材料,这时其主观情况就相对复杂得多。在这种情况下,行为人对“事实”的散布所能造成的危害的认识是明确的。也就是说,他明知一旦这种“事实”散布于众,就会引起被害人名誉的损害。但散布者对于“事实”是否真实的认识却可能是模糊的。如果他已明确认识到这是虚构事实,然后予以散布,则构成诽谤罪无疑;如果他对于“事实”是否真实处于拿不准的状态,觉得可能是真的也可能是假的,也就是说,他认识到这种事实可能是假的,而又将之散布于众,损害了他人的名誉,笔者认为这种情况下仍然可以成立诽谤。主要理由是:其一,行为人对于“事实”的散布给受害人带来的结果是明确的,即明知这种“事实”的散布会损害他人名誉。其二,既然明知这种“事实”散布后足以损害他人名誉,则行为人就具有完全的义务去确凿地核实事实,以使自己的散布将给他人造成损害的“事实”的行为处于合法状态。如果行为人履行了该义务,且有着充分证据证明将要散布的“事实”为真实的,则虽然事实的散布给别人造成损害,亦不受法律追究。其三,如果不履行核实“事实”的义务,或者虽然进行了核查取证,但未得到充分证据证明自己将要散布的“事实”系真实的,而故意将这种

^① 赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第610页;周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2007年版,第458页。

客观上并非真实的“事实”散布于众,损害了他人名誉,则构成了故意的不法损害。这种损害结果的发生,既有消极不履行义务的因素,也有积极的事实行为,符合犯罪的行为构成,应当承担刑事责任。所以,笔者认为,诽谤的主观要件应包含以下三种情况:(1)明知所散布的是虚构事实,同时明知这种虚构事实的散布会给他人造成名誉损害,而追求这种结果的发生;(2)明知所散布的可能是虚构事实,同时明知这种事实的散布会给别人造成名誉损害,而追求这种结果的发生;(3)明知自己散布的可能是虚构事实,同时明知这种事实的散布会给别人造成名誉损害,而放任这种结果的发生。上述前两种,属于直接故意诽谤,第三种则属于间接故意诽谤。

就本案而言,被告人郭某某是事实的捏造者,自然知道其所散布的文章内容是虚构事实。其将捏造的事实发布在自己的网络主页上,虽然网民登录其博客需要事先注册,但是其网络博客的开放性是毋庸置疑的,众多不特定的网络用户仍可以自由地访问、获取,由此可以推定被告人对其行为可能损害自诉人杨某某名誉的危害后果应是确知的,即便其不是积极追求此危害后果发生,但放任的心态至少是存在的。所以,被告人郭某某在主观方面具备了诽谤的构成要件。

(三)“诽谤”的举证责任

由于诽谤涉及的内容通常是不公开的、隐秘的,往往不为人所知,在审判实践中对该内容是否属于虚构的认定往往比较困难。本案就存在这种情况。对于被告人在网络博客上所提自诉人“与女同事同居”一节,不仅被告人自己不能证明它系“客观存在的事实”,就是自诉人实际上也很难证明它为“虚构的事实”。

民事诉讼是按“谁主张、谁举证”的原则来分配举证责任的,由法院根据证据情况做出认定,对于某些判断不清的事实,负有举证责任的一方如举证不能,则只能承担败诉的后果。刑事诉讼中证明被告人犯罪的责任在控诉方,而诽谤罪构成要件中要求诽谤的内容必须为“虚构事实”,由此则引出这样的命题:对这一事实是客观存在的还是虚构的应由谁负责举证。一种观点认为,应由自诉人承担举证责任。理由是:其一,诽谤罪是自诉案件,《刑事诉讼法》规定自诉人起诉必须提供能证明被告人犯罪事实的证据,这一规定是很明确的,即证明被告人犯罪的责任应在自诉人一方;其二,自诉人举证责任的范围不应只局限于证明被告人有诽谤行为,因为诽谤内容与诽谤行为是一个整体,这两者的结合才符合诽谤罪构成要件的客观方面,故自诉人还应证明达到诽谤罪构成要件中的内容,即诽谤内容是虚构的,而不是客观存在的,如果自诉人不能充分证明诽谤内容为虚构的,或对该内容是真是假不能确定,则对被告人犯诽谤罪的指控不能成立。另一种观点则认为,应由被告人承担举证责任。理

由是:被告人如认为自己的言行不构成诽谤罪,应该对自己所散布的言论负责,举证说明其真实性,应言责自负;其散布内容是否真实,不应由相对方来反证其是不真实的、虚构的。被告人如果不能证明所散布的内容是客观存在的,就应当承担诽谤罪的法律責任。

笔者赞同上述第二种观点。对于诽谤罪中所散布事实的真实与否的举证责任,我国法律及司法解释未做规定。虽然诽谤行为(捏造、散布)和诽谤内容(所散布的虚构事实)两者的结合组成诽谤罪构成要件的客观方面,但是,这并不意味着两者都应由控诉方承担举证责任。按照法理上举证责任分配原则,在法律要件事实存否不明的情况下:如该法律要件事实属于权利发生法律要件事实(对于诽谤罪来说,就是控诉方要求追究诽谤罪的权利形成所要具备的该罪构成要件事实,所需要件齐备,则追诉权形成),由主张权利存在的人负举证责任;而当该法律要件事实属于权利妨害、权利受制(如被告人主张自诉人追究诽谤罪的权利不成立,就属于妨害、制约追诉权成立的情况)或权利消失的法律事实时,则由主张权利不存在的人负举证责任。被告人把真实作为对其诽谤指控的抗辩理由,主张对其指控的诽谤罪不成立,就应证明其所散布的事实是客观存在的,不是虚构的。民事上的诽谤侵权行为与诽谤罪的区别,主要是由于“情节严重”这个量的指标发生变化而引起民与刑性质的变化。但两者都是诽谤行为,若要进行诉讼,则都应由散布者来举证证明其散布内容系真实的,从而否定诽谤的成立,这样分配举证责任符合“谁主张、谁举证”的原理(当然,即使所散布内容为真实,公布他人隐私仍可能构成民事侵权)。从比较法的角度看,赋予诽谤行为人一定的举证责任,目前也是多数国家或地区的通常做法。例如,英美法系国家的“诽谤法”,对诽谤罪行为人的自我举证责任均有规定。我国台湾地区的“刑法”规定“意图散布于众,指摘或传述毁损他人名誉之事者为诽谤罪,能证明真实则不罚”,把证明真实的举证责任归于被告。2002年,我国台湾地区“司法院大法官会议”就诽谤罪做出释字第509号解释,确定了所谓“限缩构成要件”,认为应以最大限度地保障言论自由,行为人若不能证明言论内容为真实,但依其所提证据资料而认为行为人有相当理由确信其为真实者,即不能科以诽谤罪责。可见,虽有“限缩”,但行为人依然要负举证责任。

总之,无论民事还是刑事领域,被告人都应对自己散布的言论负责,对散布事实的真实性与否担负举证义务。只有这样分配诽谤的举证责任,才是相对合理的。正是基于这一认识,本案的一审、二审法院均以被告人郭某某对其博客文章所涉及自诉人名誉的内容“不能提供相关证据予以证明”为依据,判决认定郭某某的行为属于“捏造事实”。笔者认为,通过对此类判决案例的积累、研究,可考虑以立法或者司法解释的形式对此加以明确,以进一步规范法院对诽谤类刑

事案件的审理。

(四)“情节严重”的认定

诽谤罪的构成中除了具备以上要件外,还必须达到“情节严重”,但对于何种情况属于“情节严重”,法律和司法解释均未做出明确规定。在以往的司法实践中,对于“情节严重”,一般理解为手段恶劣、内容恶毒、后果严重等情形。通常认为,采用大字报、小字报、图画、报刊、图书、书信等方式,向社会广泛散布虚构事实,致使被害人人格、名誉遭受严重损害或者诽谤造成被害人自杀、精神失常、失去生活工作能力、神情恍惚而发生意外伤害等后果,应当认定为“情节严重”。

值得注意的是,网络诽谤有犯罪后果扩大化的特点。一方面,网络言论传播渠道自由,可以通过电子邮件散布言论,在BBS、聊天室发表意见,在个人网页上发布信息,或者在商业网站上公布正式信息等,这些渠道有些是网络服务商可以控制的,而有些控制起来很难。由于网络是向不特定人群开放的,上网浏览的人可能成千上万,加上信息复制的便捷性,诽谤言论在网络空间中传播迅速,往往对被害人人格、名誉的影响更大,所可能造成的危害后果比现实世界的诽谤更为严重。另一方面,网络诽谤还具有永久性的特点,发表在某一特定网站、网页上的图片、文字可以拿掉、删除,但是要想从整个网络空间上根除,实际上是不可能的。如果按照传统的司法认定标准,在网络环境下,“情节严重”的标准很容易满足,由此则网上的诽谤行为似乎全部都可以成立犯罪,这对于网络自由无疑是一种巨大的冲击。

刑法在介入网络诽谤问题时,应当有一个在秩序、自由和利益之间寻求价值平衡的立场。立足于网络诽谤的法律适用层面,就是要从严把握“情节严重”的认定,而不是降低入罪门槛。这主要基于以下考虑:首先,诽谤行为主要发生在邻居、同事等熟人之间,在多数场合可以通过调解协商,以赔偿、道歉等民事途径和方式解决,这也是《刑法》、《刑事诉讼法》将诽谤罪规定为告诉才处理的犯罪的根本原因。其次,刑法是市场秩序最后的防御手段,具有补充性,只有当某种行为的社会危害性已达到一定的严重程度,通过行业调整、民事或者行政调整已不足以制止这种危害行为而需要刑法手段介入,且刑法手段的介入不致违背罪刑法定原则,符合社会公众的价值判断和心理预期时,才启动刑法保护机制。所以,针对网络虚拟空间的特殊性,“刑法对网络自由的保护,应当以行为的行使不危及他人的利益为前提。一旦该行为具有了社会危害性,超出了个人自由的范围,刑法就有规制理由。而在维护现实空间和网络空间的秩序时,应当尊重相关当事方的自由,不得对不涉及他人和自己的利益的行为多加干涉,不得给其赋予